

## 第七章 對現行法下結果的討論與立法建議

### 7.1 現行法下的結果

#### 7.1.1 著作權人的努力

在音樂著作權人<sup>295</sup>與數位音樂分享業者間的戰爭不斷的在進行<sup>296</sup>，有時是音樂著作權人勝利，有時是檔案分享業者勝利，在這爭執當中建立了許多規則，其中最重要的規則之一就是Sony doctrine及其解釋。在爭執的過程中有許多的機會可以讓傳統的音樂著作權人轉型到數位音樂的市場，然而除非在非不得已的情況下，音樂著作權人並不想要去改變原來賺錢的模式。例如在P2P網路傳輸程式發展之前，Mp3.com公司就已使用Music Lockers的技術在網路上分享音樂等數位檔案，其方法是網站經營者先將CD音樂轉成mp3檔案放置於其網路中，而會員必須證明已購買該CD<sup>297</sup>，可證明者即可直接從該網站上下載音樂，然而音樂著作權人認為這樣的行為有損他們的商業利益，並告上法院，而法院也認為Mp3.com的行為非合理使用，故判決音樂著作權人勝訴，後來該Mp3.com公司的負責人便把公司的賣給唱片公司，可是過沒多久，該網站就落沒了<sup>298</sup>，而Music Lockers技術被扼殺不再發展。另一個例子是最早的P2P網路傳輸服務業者Napster與Scour。這兩家公司採用目錄資訊集中式的P2P網路傳輸架構，一樣是在壯大後，音樂著作權人認為有損其商業利益而提起訴訟，過程中Napster與Scour希望與音樂著作權人和解，以收取會費方式去補償音樂著作權人，但音樂著作權人並不領情，結果該類的P2P網路傳輸服務業者不是在訴訟中破產就是敗訴而關門大吉<sup>299</sup>，而目錄資訊集中式P2P網路傳輸服務也不再出現。然而在目錄資訊集中式P2P網路傳輸服務結束後，目錄資訊分散式與超級節點式的網路又開始興起。

#### 7.1.2 擋不住的 P2P 科技趨勢

P2P 技術的運用越來越廣，除了前述的檔案交換網站的經營外，有許多著重於聊天性質的應用程式，且那些聊天程式現在多半增加了傳輸的功能，而這類的功能之所以得以實質，即是 P2P 科技的貢獻，以往只能傳送小檔案的文字訊息，現在影音資料都可以透過這類的程式傳送，如果有需要什麼程式或檔案，在這類的群社中公開徵求，通常很快的也會得到回應。這一些方便即時的應用，都來自 P2P 科技。

而在目前所有的 P2P 運用中，最值得一談的就是 BT 技術。BT 是目前最常使用 P2P 程

<sup>295</sup> 許多人可能會認為音樂著作權人是那些作詞作曲家或歌星，但事實上這類的創作者多半已把著作權賣給了唱片公司，所以唱片公司才是本文認為法律上真正的音樂著作權人。

<sup>296</sup> 詳見 William W. Fisher III PROMISES TO KEEP chap 3

<sup>297</sup> 方法是去實體商店買一片CD放於電腦的CD Player上，認證；或上網買一片CD以提供認證。詳見William W. Fisher III PROMISES TO KEEP P99

<sup>298</sup> William W. Fisher III PROMISES TO KEEP p102

<sup>299</sup> William W. Fisher III PROMISES TO KEEP p113-115

式之一，其為 Open source(開放程式碼)之程式，非屬專一公司所製造、生產、管理，是由許多程式設計師自發性的創作所累積而成，任何人都可以下載使用。沒有一個主要的公司法人去營運，所以根本沒有所謂的 P2P 網路服務業者。其次 BT 程式是非集中式，是目錄資訊完全分散式或集中於超級節點式的，因此基本上不可能關閉此 P2P 網路傳輸程式。最後，且最重要的，BT 程式有加強大量傳輸的能力，它的演算法是將一個大檔案分成數分，一個請求者從網路上數個 Peer 分別抓個部分的檔案，而抓下一部分檔案的同時，也成為該部分檔案的提供者，所以可以傳輸較大的檔案而不會因為某一個主機無法運作而停止下載。

### 7.1.3 目前的一種新的平衡

在目錄資訊集中式的 P2P 網路傳輸服務相繼被宣告非法後目錄資訊分散式 P2P 網路興起，在全球各地出現的目錄資訊分散式或集中於超級節點式的 P2P 網路傳輸服務業者例如：Aimster、iMesh、Freenet、CuteMX、MediaShare、LimeWire、KaZaA、Morpheus、BearShare、Audiogalaxy、OpenNap、eDonkey、WinMX 及 Mojo Nation...等。另外無人管理的 open-source 群社，也出現了以 BT 程式為基礎的各種 P2P 網路。

這類的 P2P 網路雖無法搜尋整個網路，但也無法被關閉，而各個行為人的起訴沒有警示效果。也就是，雖然沒有集中目錄資訊，其 P2P 網路的搜尋並不是那麼的快速有效，然而所換來的是音樂著作權人無法關閉整個 P2P 網路，最多只能去抓一些個別的行為人，然而這樣的行為會觸怒消費者而且也沒有什麼效果，所以多半唱片公司也不為之。而如果有負責人對於負責人起訴也因為有許多法律上的爭議，並不是那麼容易可以得到勝訴判決，且即便得到勝訴判決，也馬上有其他人起而代之。

## 7.2 以經濟分析觀點找尋最大的社會經濟利益

### 7.2.1 P2P 對 CD 唱片的影響

到底 CD 唱片銷售量的下滑是否是因為 P2P 網路傳輸服務出現而造成，其實也是個大爭議，事實上並無法直接證明其間的必然性，甚至 Harvard Business School and the University of North Carolina 的研究中更認為 P2P 不是使 CD 銷售下降的主要原因<sup>300</sup>，全球的景氣才是最大的問題。而且因為 Apple's iTunes 讓影音娛樂業景氣回春，歌曲銷售正成長。所以許多的反對者認為，數位音樂檔案的分享並不會傷害音樂著作權人的權益，相反的還會增加他們的利益。

### 7.2.2 RIAA 的數據

然而音樂著作權人並不是這樣認為的，他們認為近年來 CD 唱片銷售量的下滑全是因為數位音樂檔案在網路上分享所造成的，在美國其數具中最明顯的之一是 2002 年，RIAA 提出其銷售量由原本的 882 百萬張 CD 下滑到 803 百萬張 CD<sup>301</sup>。

<sup>300</sup> Edward lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony Doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 156 (2005)

<sup>301</sup> Lawrence Lessig FREE CULTURE p70

### 7.2.3 該數據的分析

在假設 RIAA 的主張是對的前提下，本文以下例三個圖來分析討論，目前的狀況是否為社會的最佳利益。

#### 1. 傳統的市場供需

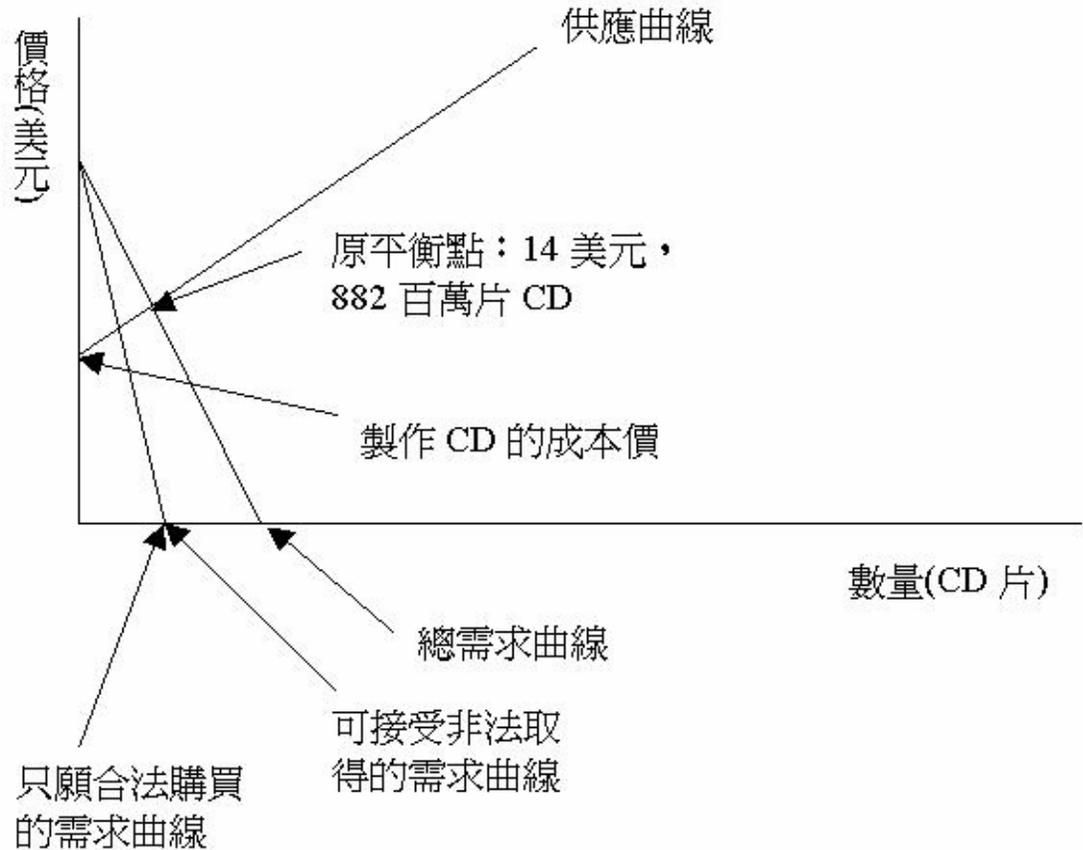


圖 2 傳統的市場供需曲線圖

首先在傳統市場，也就是原來未被 P2P 網路傳輸服務業影響時的市場是著作權人以每片 CD14 美元的價格出售，而賣出 882 百萬張 CD 唱片，在此的總需求曲線，可以分為只願合法購買的需求曲線，及可以接受非法取得的需求曲線(在圖 2 中簡化為各占 1/2 的人口，所以只畫一條線)，此二者相加等於總需求曲線，而因為市場上沒有可以取得的途徑，所以皆是和法取得，而在平衡點在圖 2 中的原平衡點。

#### 2. 因為網路增大了音樂的市場需求

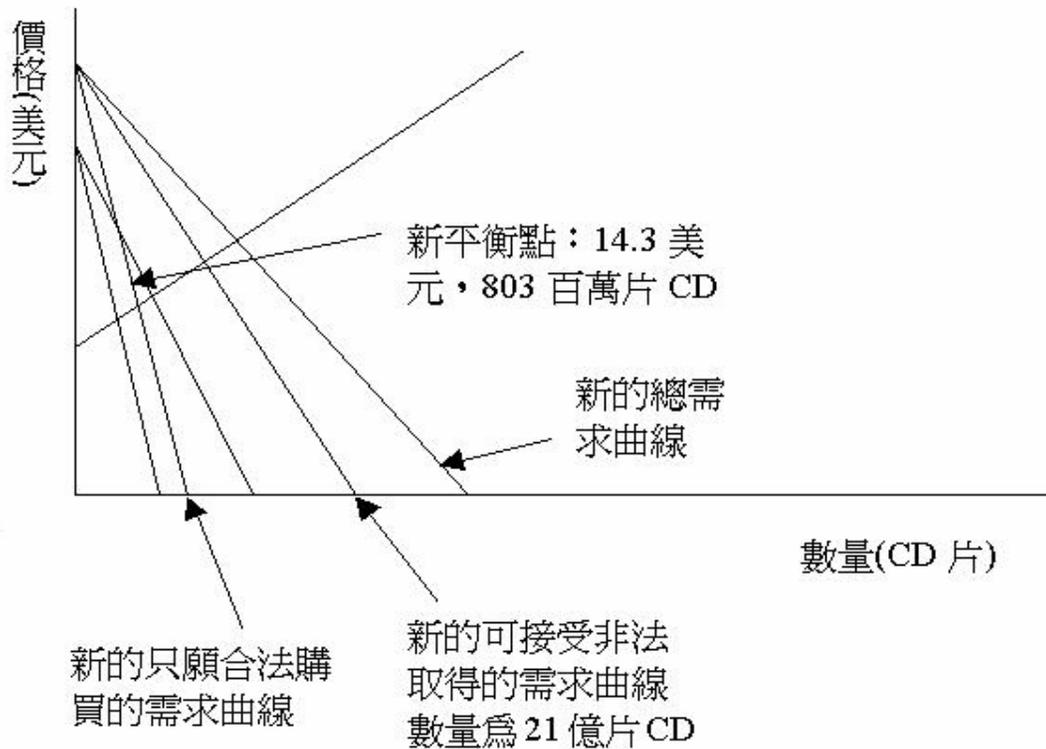


圖 3 新的市場供需曲線圖

然而在網路的市場開發後，網路的便利性擴張了市場的需求，所以在圖 3 中，本文向左上平移<sup>302</sup>了需求曲線，當然包括只願合法購買的需求曲線和可接受非法取得的需求曲線都擴張了。其中只願合法購買的需求曲線的增加量是利用 RIAA 所提供的數據算得，因為可接受非法取得者，會利用 P2P 網路免費去取得免非的下載，並不會去購買音樂著作權人所販賣的 CD，所以 RIAA 所主張 2002 年所賣出的 803 百萬張 CD 量應可合理推論出是從只願合法購買者中產生的，然而其 CD 的賣價是 14.3 元，故可約略得出新的只願合法購買的需求曲線，如圖 3 所示，另外，RIAA 又主張，該年從網路上下載的歌曲量是 21 億片的 CD<sup>303</sup>，因為從網路上下載歌曲的價格是零，也就是 P2P 網路傳輸服務業者的供給曲線是一條與數量軸重疊的水平線，所以可以合理推算出，新的可接受非法取的需求曲線與數量軸也就是 P2P 網路傳輸服務業者的供給曲線的交點是 21 億片 CD 這個點，即價格為 0 數量為 21 億的這個點。而最後總需求曲線是新的只願合法購買的需求曲線和新的可接受非法取得的需求曲線的加總。在這個圖中所顯示的關係，就是目前網路時代下的平衡，也就是音樂著作權人以其滿意的價格買給只願意合法購買 CD 者以賺取利益，而另一方面 P2P 網路服務業者以免費的價格讓可接受非法取得者從網路上免費下載約 21 億片 CD 的歌曲，然而這樣一個衝突且切割市場的情況，任何一個人都可以看出不是市場的最大利益，一方面企業沒有賺取可得的最大利益，

<sup>302</sup> 即擴大需求的新的需求曲線

<sup>303</sup> Lawrence Lessig FREE CULTURE p71

一方面消費者也沒有得到合理的價格<sup>304</sup>。

### 3. 社會利益的最大平衡點

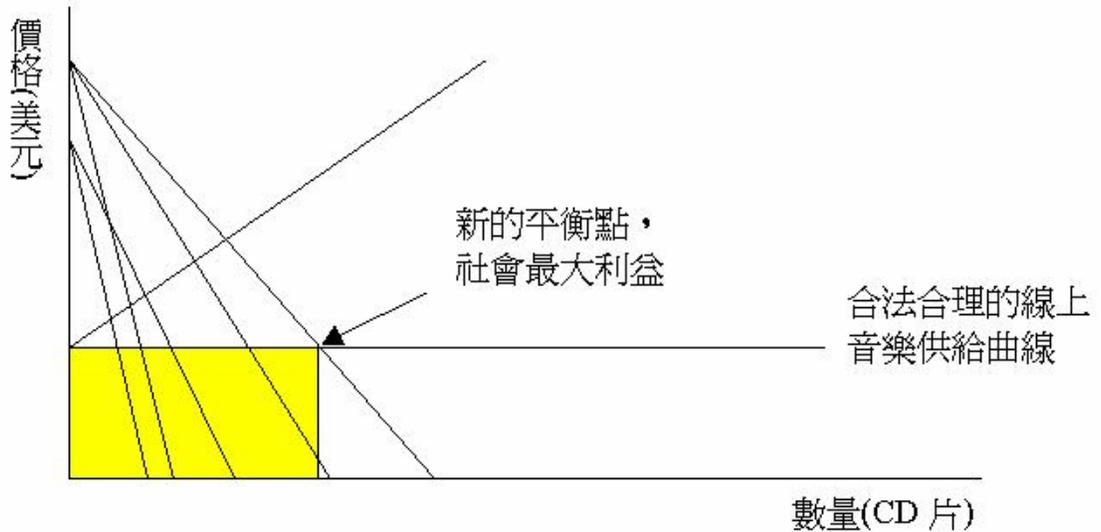


圖 4 社會最大利益示意圖

然而社會的最大利益在何處，本文認為，會出現在音樂著作權人與P2P網路傳輸業者等數位影音分享業者合作時發生，理由如下，首先數位檔案傳輸業者的供給曲線是一條水平線，一般的供給曲線通常斜率為正，即呈現從左下角向右上角的走勢的曲線，原因是製造產品需要成本，每製造一個都會增加成本，所以製造的愈多成本當然就愈高。然而數位檔案的複製卻打破了這個規則，因為數位檔案的複製所需要的複製空間和複製機器都是由消費者所提供的，也就是製造商除了製造出第一份所需的成本外，其他的重製並不需要付出任何成本，所以不論複製多少份複製品，其成本都不會改變，而這樣的結果就造成在數位檔案的分享上，其供給曲線是一條水平線。傳統產業的供給曲線與數位檔案分享產業的供給曲線相比較下，是數位案分享產業的水平供給曲線較能產生社會的最大利益的，因為理論上製造出第一份成品不論是販賣實體CD還是數位複製檔案所需的成本是相同的，所以兩條曲線的出發點應該是相同的，然而販賣實體CD的供給曲線只能呈斜率為正的曲線，其結果是與需求曲線的交點會出現在價位較高而可取得的人即數量較少的交點上，所以一個著作物就只能散佈於較少的人，而業者可取得利益空間相對的也較少<sup>305</sup>。相反的利用網路販賣數位檔案的水平供給曲線，

<sup>304</sup> 雖然非法取得者可以用 0 元取得數位歌曲，看起來沒有什麼價格會比這低了，但事實上這類使用者在這個供需曲線圖所無法顯示的數據中尚有一個法律的成本，也就非法取得者是必需接受法律的制裁的，而這樣的成本如果發生，必然會比合法取得者更為昂貴，因為光損害賠償就大於合法取得者的支出，更何況還有其他刑事的責任和訴訟費用。

<sup>305</sup> 供給與需求曲線的交點是市場平衡的交點，在這個交點上業者是完全沒有利潤可言，其收入恰與付出的成本打平，所以事實上業者就每件商品的單價會比交點的價格高一點，而取得每賣出一件商品可取得的淨利，

和需求曲線會交於價格較低而可獲取的人即數量較高的點上，不但著作物可散佈於更多的人而有利於社會，業者也可以有較大的調整空間去獲取利潤，提供將來生產或創作新產品所需的資金。其次，當音樂著作權人與P2P網路傳輸業者等數位影音分享業者合作時就可以在網路上提供合法的數位音樂檔案，這時因為網路所提高的市場需求就有機會在合法的交易下獲得滿足，而不是只有非法的選擇，如果這合法的數位音樂檔案又能價格合理，則可以盡可能地滿足因為網路所擴大的市場需求，則此時的平衡點，所產生的面積(即圖4中陰影部分)會遠比之前音樂著作權人與P2P網路傳輸業者等數位影音分享業者對立時即圖3的狀況來得大，(包括滿足只願合法購買的需求曲線時的平衡點所產生的面積與滿足可接受非法取得者的需求但因為價格為零所以為零的面積)。在供需圖中面積大所代表的涵義是市場現金的流動大，而市場現金的流動大代表的就是該產業經濟的景氣，產生了更多的勞動而讓社會產生較高的利益。雖然雙方在未合作時，P2P網路服務業者以價格為零的條件下滿足了所以可以接受非法取得音樂著作物的需求曲線而使該曲線受滿足者的數量最大化，甚至於很有可能亦遠大於雙方和作所可以滿足的人的數量，這樣的結果代表著作物被更廣大地散佈，但這樣的結果卻有以下三個缺點，第一法律的成本未被顯現，消費者省了當下的金錢卻誤觸法網，可能將來會付出更大的司法成本。第二是就經濟學的角度看，這樣的一個經濟行為沒有金錢的流動，不能帶來更多的勞動，而且根本就是不勞而獲，是無法帶動社會或該產業的經濟的。第三就著作權人的角度，因為無法從著作物上取得相對的報酬，所以會大大影響創作的動機，因為沒有任何利潤，無法為下次的創作儲存資金，也會造成下次創作成本的不足而使創作不順利或根本無法進行創作。所以並非社會的最佳利益。

### 7.3 立法建議

由於在訴訟上的不經濟，不論是著作權人或是P2P網路服務業等數位檔案分享業紛紛都轉向立法發展，也各自提出了自己的修法版本，然而就如同本文所分析的，不是不夠明確就是未切中關鍵，然而社會的最大的利益不在目前的對立且分裂的市場，而是在合作的市場上，所以不論是以訴訟或是修法都應是個手段而向這的目標前進，近來在訴訟上，Kuro與ezPeer先後都已和解，可謂在這個衝突中決了部分的問題，然而新興科技與著作權人利益間的問題依然有待立法來解決，而立法的方向上，本文有以下的建議：

#### 7.3.1 不建議立法限制使用新興科技

新興科技日新月異，要立法去追趕新興科技，本文認為不是一個很好的策略，所以專門針對P2P科技的修法並不是一個好的修法建議，而且這樣的修法一來法理上很可能屬言論內容的限制，必須接受是否違憲的嚴格審查(而且原則是推定違憲)。再者，即便立法通過禁止P2P科技，這樣的立法也不是去促成新興科技與傳統產業的結合，所以市場的分裂

---

然而提高了商品的價格，需求者就會減少，所以就會像C圖上新平衡點一樣，不在供給與需求曲線的交點上，而是在這交點的左上方的需求曲線上。而此新點P向下做垂線與供給曲線的交點Q，則PQ線段長代表每賣出件商品可獲得的淨利，再乘上賣出的數量，就是業者可獲得的利益，所以業者可作利益的調整與計算就在第一個交點也就是P點之後的需求曲線上，在這樣的一個結論下，可以得知，如果供給曲線是一條水平線，則供需曲線交點左方的需求曲線就會相對的長，而業者可調整的獲利空間就會相對的大。

並不因此整合。而因為網路而擴大可接受非法取得音樂著作物的人不會因為 P2P 科技的被禁止而不去使用或嘗試他其他的網路傳輸服務，侵權的行為會依然存在，所以衝突依然，並無法產生社會的最大利益。

### 7.3.2 不建議立法規定要求科技業要(盡可能)加裝(符合當時科技的)防止或減少侵權行為發生的機制

首先如果是要求一定要加裝符合當時科技的防止或減少侵權行為發生的機制，這樣的要求是不可能達到的，因為科技的進步一日千里，要時時都能符合當時科技的要求，除非把「符合當時科技」作寬鬆的解釋，不然對科技業者而言實屬難以達到的要求，另外，如要求完全禁止侵權行為的發生，這也是不一定能做的，而且通常是無法做到。而所謂盡可能或在負擔不會不能承受的範圍內去加裝防止或減少侵權行為發生的機制，這樣的立法太過抽象，科技業者無法遵循，科技日新月異，科技業者無法確定是否已盡最大的努力加上防止或減少侵權行為的科技，其所不能支付者算不算是無法容忍的成本。因此在這一大堆無法確定或無法達成的情況下，想經營新興科技產業者，不是放棄經營就是放手一搏遊走於法律邊緣或根本不遵守法律。所以這樣的立法其結果是不但不能有效防止侵權行為的發生反而增加了許多訟源及訴訟上的爭點而使司法付出更大的成本，而且如果司法在解釋上採對科技業者不利的解釋，即未加上最新最有效的防範措施即屬違法之侵權行為，更會造成科技產業的寒蟬效應，而這樣的解釋也會造成根本無法產生合法空間的問題。

### 7.3.3 建議輔導內容產業利用網路散佈著作物收取價金或制定補償金系統，惟依目前的趨勢建議考慮補償金系統

從歷史的經驗，我們了解產業有其生命週期，不願改變就要面對產業的落沒與消逝，所以傳統的唱片業者亦然，在網路與數位科技興起的時代，創作不再是需要大量成本才能完成的工作，只要利用電腦軟體，個人電腦也能製作簡單的唱片，或數位音樂著作物，雖然傳統唱片業者了解數位科技的便利性而大大降低了製作的成本，但因為對於數位錄音物的無法有效控制，而不願用網路去當通路散佈音樂著作物，然而不去用不代表那裡沒有市場，不代表那裡沒有使用者，不代表他人不會進入該市場，更不代表該市場會有一天自己消失，所以著作權人似應換個角度，在原來的通路日漸落沒時，積極去開發網路這個通路，去滿足這個市場的需求，內容產業在現有的資金為後盾下，應積極地開發這片市場，才能讓產業在新的世代再次重生。目前數位檔案分享產業已有科技業者進入，並已取得了一定的市場，所以唱片業者要直接進入該市場會有一定的障礙，所以本文認為，如果沒有任何新的創新，著作權人可以考慮直接和既有的網路傳輸服務公司合作，利有即有的已開發到一定程度的網路通路來販賣數位音樂，沒有必要自己再重新開發市場，這樣的一個合作的模式，如同前述，可以得到最大的社會利益。如果要以立法的方式去規範，則以補償金系統為佳，一直以來製造有複製數位檔案功能的機器，常與著作權人的利益有所衝突，而解決的方法，補償金系統便是不錯的一種選擇，其中一大原因是因為補償金系統可以把市場的衝突解決，在設計得宜下，可以公平的分配補償金予著作權人，一來不會阻礙新興科技的發展，二來也能兼顧著作權人的利益。當然如果音樂著作權人與網路傳輸服務公司直接

合作，可能會更有機動性，也會有更佳的结果<sup>306</sup>。



---

<sup>306</sup> 本文主要的內容是在 2006 年 6 月時完成並認為法定補償金制度或合解後雙方依契約產生類似補償金制度是最佳的結果，而在 2007 年時ezPeer和Kuro相繼地與著作權人合解，市場果然有一手看不見的手。